

NOTAS SOBRE PODER Y ORDENAMIENTO

RAFAEL DE ASIS ROIG

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TÓPICA Y SISTEMA.—III. ALGUNAS JUSTIFICACIONES DEL PODER Y DEL DERECHO.—IV. LAS FUNCIONES MÍNIMAS DEL PODER Y DEL DERECHO.—V. LA REPERCUSIÓN DE LA RELACIÓN PODER-ORDENAMIENTO EN EL CONCEPTO DE «ESTADO DE DERECHO».

I. INTRODUCCION

La relación entre el Poder, entendido en sus dos formas predominantes, es decir, tanto en sentido político (en el que se incluiría la perspectiva social y ética) como jurídico, y el Ordenamiento es de significativa importancia dentro de la Teoría del Derecho. Así, no es extraño que este tema ocupe normalmente unas páginas de todos los manuales, que sea objeto de estudio de numerosos artículos y que constituya uno de los apartados del plan de estudios de la asignatura «Teoría del Derecho». Por otro lado, también es objeto de tratamiento en aquellos trabajos que se refieren a problemas tales como el de la validez, la eficacia o incluso la unidad del Derecho. El estudio y la comprensión de esta materia permite responder a preguntas importantes a la hora de buscar un concepto y de descubrir el sentido que el Derecho tiene, así como para determinar su papel y sus fines en relación con la sociedad.

El análisis de la conexión entre Poder y Ordenamiento, como el de los distintos problemas relacionados con la Teoría del Derecho, puede hacerse desde diversos planteamientos. En este sentido, en una temática como ésta, la reflexión histórica parece apropiada como medio para descubrir el sentido y los distintos matices que, a lo largo del tiempo, ha tenido esta relación. No obstante, en este trabajo no vamos a tomar como referencia a la historia de forma principal, aunque sí nos apoyaremos en ella. Trataremos de destacar el papel que desempeña el Poder en relación con el Derecho, señalando si de

alguna manera puede justificarse esta relación y de qué forma se proyecta en conceptos tales como validez o unidad.

II. TOPICA Y SISTEMA

Estos problemas, como ya he dicho, pueden ser abordados inicialmente desde una visión histórica. La dimensión histórica es indispensable para la comprensión de las interrelaciones que hay entre las teorías políticas y los sistemas jurídico-políticos, entre las ideologías políticas y su plasmación y entre el pensamiento, la acción política y las normas jurídicas (1). Aunque, como ya he anunciado, no vamos a realizar un estudio de la misma, sí parece necesario recalcar que a través de ella pueden destacarse dos concepciones significativas en la relación entre Poder y Derecho: la concepción tópica y la sistemática. La elección de una de ellas matiza las respuestas a las preguntas que pueden surgir en este estudio y ayuda a una mejor comprensión del problema.

La visión tópica aparece en la cultura romana cuando el *ius civile* se hace insuficiente y surge el *ius honorarium* y el *ius gentium*. Con esta transformación, la figura del jurista adquiere relevancia y tendrá en principio dos facultades: el *ius edicendi* y el *ius respondendi*. Así, la ciencia del Derecho en la Roma clásica utiliza el razonamiento tópico. Los juristas se enfrentan con un problema en cada caso concreto, combinando su conocimiento teórico con la intuición:

La visión sistemática puede decirse que tiene su origen primitivo cuando Euclides de Alejandría escribe *Elementos matemáticos* y elabora un sistema deductivo que parte de definiciones y axiomas. Pero comienza verdaderamente a ser importante en el tránsito a la modernidad, frente al intento de los glosadores de hacer el análisis del Derecho como problema. Así, la aproximación al Derecho se hace con los métodos de la geometría y las matemáticas. En este sentido destaca la obra de Vico *Ciencia nueva*, donde se expresa la existencia de unos «principios de la humanidad de las naciones», de donde manan todas las ciencias, disciplinas y artes» (2).

En la cultura jurídica del sistema prima la ley, y así la misión de los juristas será, en un principio, la de aplicar el Derecho sin añadir nada. En el ámbito de esta cultura es donde se asume la relación entre Derecho y Poder.

(1) Véase F. E. OPPENHEIM, *Ética y Filosofía política*, traducción de A. Ramírez Araiza y J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 9.

(2) Véase G. VICO, *Ciencia nueva*, trad. de J. Carnet, Ed. Colegio de México, pp. 6 y 7.

Estas dos posiciones en el siglo XIX se empezarán a acercar (3) desde diversos planteamientos. Sobre todo en lo que se refiere a la concepción sistemática, que es la que nos interesa en este punto, por la constatación de la existencia de lagunas en el Derecho y, por tanto, de la posibilidad de la llamada creación judicial del Derecho. La primacía de la visión sistemática supone que sólo desde ella se puede realizar un verdadero estudio de la relación Derecho-Poder; sólo desde ella va a ser posible, de forma conjunta, unitaria y coherente, la incorporación al Derecho de ciertos valores éticos intersubjetivos.

A la concepción sistemática como fenómeno indispensable para el estudio de la relación entre el Derecho y el Poder hay que unir la configuración teórica de la soberanía. La primera función del Poder va a consistir en crear Derecho. Este concepto moderno de soberanía que potencia la visión sistemática es el introducido por Bodino: «poder absoluto y perpetuo de una República». Con este nuevo punto de mira se podrá realizar una caracterización unitaria que también fue expresada por Bodino: «Pero del mismo modo que el navío sólo es madera, sin forma de barco, cuando se le quitan la quilla que sostiene los dos lados, la proa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de ésta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república.» Incluso este mismo autor señalará como una de las características principales de ese poder soberano la creación del Derecho: «El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular» (4). Como puede observarse, para Bodino el poder sirve de cierre al sistema y constituye así su presupuesto.

III. ALGUNAS JUSTIFICACIONES DEL PODER Y DEL DERECHO

Las justificaciones del Poder pueden realizarse de forma distinta según se quiera presentar a éste como presupuesto científico o como agente real en la sociedad. Desde el primer punto de vista, el Poder aparece como aquel elemento que permite cerrar una construcción sistemática, funciona en esta perspectiva

(3) Quizá pueda verse una primera aproximación de estas dos posturas, ya en el siglo XVIII, en el acercamiento entre las posturas racionalistas y las voluntaristas dentro de la creación y la interpretación del Derecho. Véase L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 23 y ss.

(4) Véase J. BODINO, *Los seis libros de la República*, selec., trad. e introd. de P. Bravo Gala, Madrid, Orbis, S. A., Biblioteca de Política, Economía y Sociología, 1985, pp. 79; 64; 90 y 91, respectivamente.

de igual forma que en los sistemas iusnaturalistas lo hace la voluntad divina o las principales leyes de la naturaleza. En este sentido, el Poder serviría como cierre y como elemento determinante de la unidad de las concepciones. A partir de él podría configurarse el sistema jurídico o, una vez configurado éste, serviría como fundamento de unidad y de validez.

La presentación del poder como presupuesto científico tiene el valor que Kelsen confería, en un principio, a la «norma fundante básica». El sistema necesita «algo» que le haga unitario y que le confiera validez. Este «algo» puede ser bien una voluntad divina, bien una norma presupuesta, etc., o bien una fuerza o una voluntad política.

Por otro lado, la perspectiva histórica real, que nos ahorramos, permite concluir que los hombres, que han decidido vivir en comunidad, necesitan de un Poder que garantice el desarrollo de ésta y que les permita establecer un equilibrio básico entre sus pretensiones y deberes. La participación de todos en esta empresa común va a exigir la institución del Poder. No es que los hombres decidan en un momento de la historia tener un Poder común que les gobierne, sino que ese Poder aparece como necesario en la historia y a través de ésta se configura según las necesidades y pretensiones de los hombres. Como escribe Peces-Barba, «la experiencia suministra buenas razones para creer que la realización de la condición humana no puede ser consecuencia de un esfuerzo individual de cada uno exclusivamente, sino que necesita unas condiciones en la vida social que hagan posible ese esfuerzo social» (5).

Esta visión se conecta, pues, con la contemplación del hombre como ser eminentemente social, que ya fue destacada por el pensamiento clásico (6), y que va a determinar irremediabilmente la existencia de un Poder que regule las relaciones de los hombres en la sociedad. En este sentido, por ejemplo, las obligaciones que contribuyen a la conservación de la sociedad y a la unión de los hombres son importantísimas (7), pero necesitan del apoyo del Poder. Esta idea la encontramos ya en Suárez, quien, como expresa Asís Garrote

(5) PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 111.

(6) Véanse, por ejemplo, PLATÓN, *El político*, trad. de A. González Laso, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, p. 30; ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingüe y trad. de J. Marías y M. Arango, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, pp. 3 y 78; BURLAMAQUI, *Principes du Droit Naturel*, Chez Barrillot & Fils, Ginebra, 1745, reimpresión en Georg Olms Verlag, Hildesheim, Zurich-Nueva York, segunda parte, cap. IV, p. 62.

(7) En este sentido, véase CICERÓN, *Los oficios o los deberes*, trad. de M. Valbuena, prólogo de J. A. Peña Losa, México, Porrúa, 1982, p. 43. Véase también SUÁREZ, cuando escribe: «Es cosa cierta que una ley de la comunidad obliga en adelante a todas las personas de esa comunidad... La razón es que la comunidad está por encima de cualesquiera de sus personas» (SUÁREZ, *Las Leyes*, lib. III, cap. XXXV, trad. de J. R. Eguillor, introd. de L. Vela Sánchez, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 351).

refiriéndose a su concepción política, establece como punto de partida la naturaleza del hombre, una naturaleza sociable, por lo que la autoridad política es «no solamente necesaria, sino natural a la sociedad» (8). Pero incluso antes que Suárez, en Aristóteles, esta necesidad es patente. En su *Política* escribe: «En todo aquello que consta de varios elementos y llega a ser una unidad común, ya de elementos continuos o separados, aparecen siempre el rector y el regido» (9).

Pero no sólo va a ser justificable la presencia del Poder desde la perspectiva social humana de la solidaridad. También desde posiciones individualistas se hace éste necesario como protección y como límite a la actuación de los demás. La conexión Derecho-fuerza o Derecho-Poder es en este punto clara y significativa.

Parece, pues, que desde el primer momento en que pueda hablarse de sociedad ésta se verá necesitada de un poder a cuyo cargo esté el gobierno de la comunidad. Incluso desde aquellas posiciones que defienden situaciones ideales de comportamiento humano la necesidad del Poder aparece. La participación de todos en la comunidad puede desarrollarse utópicamente de forma exclusiva con el diálogo. Los hombres guiados por unos valores autoasumidos de forma comunicativa ajustarían su desenvolvimiento limitando sus pretensiones y ajustándose a sus deberes. En este estado de cosas, los hombres sacrificarían ciertas libertades en favor de las de otro, y éste también lo haría respecto de sus semejantes. Pero incluso en esta situación, como ya he subrayado, aparecería tarde o temprano la necesidad de un orden estatal y jurídico (10). En este sentido podemos decir que, «a menos que estemos dispuestos a aceptar una imagen utópica del hombre, un cierto grado de heteronomía resulta inevitable» (11). De esta forma, el Poder va a ser considerado por algunos como elemento necesario del propio concepto de sociedad.

Si se abandonan este tipo de concepciones del hombre, los argumentos se tornan más radicales. Por ejemplo, con la consideración, también clásica, del hombre como ser, al menos, medianamente egoísta, se hace necesaria,

(8) A. ASÍS GARROTE, *Manual de Derecho natural*, Granada, 1963, p. 246.

(9) ARISTÓTELES, *Política*, ob. cit., pp. 7 y 8.

(10) Así también se explica, por ejemplo en S. AGUSTÍN, la existencia de un poder y del Derecho. Para éste, los hombres viven en principio felices y hermanados hasta el pecado, que les hace cambiar y provoca la necesidad del Estado con poder coactivo (véase *La ciudad de Dios*, en *Obras de S. Agustín*, tomos XVI-XVII, lib. XIV, Madrid, BAC, pp. 920 y ss.), pero basado en la justicia (véase *Tratado de la Santísima Trinidad*, en *Obras de S. Agustín*, tomo V, lib. XIII, Madrid, BAC, pp. 735 y ss.). El problema surge al delimitar el campo de actuación de este poder.

(11) H. KLIEMT, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, versión castellana de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Alfa, 1979, p. 19.

para que los acuerdos morales sean de cierto modo satisfechos, la institución del Poder no sólo en su labor de garante, sino también en su labor promotora. Esto puede verse de forma clara con el siguiente argumento que presenta Kliemt.

Supongamos una colectividad $[C - (n)]$, dentro de la cual destacamos un individuo cualquiera A (la colectividad sin A será así $[C - (n - 1)]$, donde no existiese la institucionalización de la sanción y de la coacción. En esta colectividad podrían darse cuatro situaciones en relación con unas reglas que la dirigiesen:

1. $C - (n - 1)$ y A siguen las reglas.
2. $C - (n - 1)$ viola las reglas mientras que A las cumple.
3. $C - (n - 1)$ sigue las reglas, pero no A .
4. $C - (n - 1)$ y A violan las reglas.

Si tomamos a A como punto de referencia y empleamos como criterio el de «egoístamente mejor que» (representado por P), la situación podría resumirse, según Kliemt, así:

3P1P4P2

Esto, como apunta nuestro autor, lleva a las siguientes conclusiones: «1. Si los demás se atienen a las reglas, A no se atenderá a las reglas; 2. Si los demás no se atienen a las reglas, tampoco A se atenderá a ellas» (12). Con lo que parece que la necesidad de un Poder que regule la convivencia entre los hombres es palpable.

Por otro lado, si aplicásemos a estas consideraciones el ejemplo clásico del polizón (que se parecería a la situación anterior tercera), puede decirse que solamente sería innecesario un orden estatal en aquellas situaciones en las que la actitud de aquel que no cumple con la limitación de las libertades y asunción de sus deberes no mereciese la pena (13).

Quizá los autores que han destacado de forma más importante la necesidad de Poder sean los contractualistas. Sus formulaciones coinciden con la aparición del concepto moderno de Estado y de Derecho. Así, por ejemplo, Rousseau escribe: «El contrato social es, por tanto, la base de toda sociedad civil, siendo en la naturaleza de ese acto en donde es necesario buscar el de la

(12) H. KLIEMT, *Filosofía del Estado...*, ob. cit., pp. 84 y ss.

(13) Véase, en este sentido, O. HÖFFE, *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, p. 79.

sociedad que forma» (14). Pero el ejemplo más significativo dentro de ellos es Hobbes.

Este autor parte de la consideración de todos los hombres como iguales; de ahí la inseguridad que reina en el estado de naturaleza. De la igualdad y de la inseguridad se deriva una situación de temor recíproco entre todos los hombres, que va a ser descrito por Hobbes como un estado de lucha de todos contra todos: «Es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre» (15). El estado de naturaleza es así caracterizado como un estado de lucha en el que no existe poder alguno.

Sólo podría encontrarse ese poder en las leyes de la naturaleza. Pero éstas son dictados de la razón, preceptos inmutables y eternos que tienen como objetivo la paz y la seguridad, pero que no tienen la fuerza suficiente para alcanzarlas y por esto se hace necesaria la existencia de un poder común, del Estado. Este será así considerado como una persona cuya voluntad es la voluntad de todos en virtud del pacto y a la que son transferidos los derechos de los ciudadanos (16). Con ello se podrá lograr uno de los objetivos primarios de los hombres, que es la felicidad, con lo que la existencia del Estado es vista como una necesidad (17). Sólo a través de él el hombre podrá abandonar el estado de lucha de todos contra todos y alcanzar la felicidad.

(14) ROUSSEAU, *Emilio*, pról. de M. Carmen Iglesias, trad. de L. Aguirre Prado, Madrid, Edaf, 1985, p. 532.

(15) HOBBS, *Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 224. En esta idea véase también GROCIO, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, trad. de J. Tombiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, para quien una de las razones del pacto fue la «debilidad de las familias separadas contra la violencia». Locke señala a la inseguridad derivada de la igualdad de los hombres como uno de los factores determinantes del establecimiento del Estado civil, aunque se distingue de Hobbes, ya que, para Locke, el Estado de naturaleza no es un Estado de guerra. Véase LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1980, p. 93; véase también KANT, «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita», en *Filosofía de la historia*, pról. y trad. de E. Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 48 y 49.

(16) Véase HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 263; *Del Ciudadano*, trad. de A. Catrysse, introd. de N. Bobbio, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 122.

(17) «Fuera del Estado, cada uno tiene derecho sobre todo, pero no puede gozar de nada; en la sociedad civil cada cual tiene un derecho limitado, pero está seguro de disfrutarlo» (HOBBS, *Del Ciudadano*, ob. cit., p. 172). PUFENDORF, en *Le Droit de la Nature et des Gens*, trad. del latín de J. Barbeyrac, Amsterdam, 1734, critica esta afirmación de Hobbes (t. I, lib. III, cap. IV, p. 416), pero contempla también la necesidad de la sociedad civil. Así, afirma como ley fundamental del Derecho natural: «que chacun doit être porté à former et entretenir, autant qu'il depend de lui, une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but

Al lado de Hobbes, otros autores contractualistas destacarán esta importancia. Una buena muestra de ello pueden ser las consideraciones al respecto de Burlamaqui, Kant y Paine.

Burlamaqui también se va a referir a un supuesto estado de naturaleza, un estado primitivo, caracterizado por la dependencia absoluta de Dios y del que los hombres tienen la necesidad de salir al relacionarse con otros. Las relaciones con sus semejantes y con otros pueblos hacen, pues, necesaria la salida de ese estado primitivo. Esta se realiza mediante el paso al estado de sociedad, caracterizado por su oposición al estado de soledad que era el que predominaba en el anterior. El estado de sociedad conlleva a la formación de la sociedad civil o de gobierno, caracterizada por la subordinación a una autoridad soberana (18).

También en Kant encontramos la idea de la necesidad del Poder. Para este autor, «el hombre tiene una inclinación a entrar en sociedad; porque en tal estado se siente más como hombre... Pero también tiene una gran tendencia a aislarse; porque tropieza en sí mismo con la cualidad insocial que le lleva a querer disponer de todo según le place...» (19). Parece Kant destacar dos sentidos del comportamiento humano en relación con la sociedad. En primer lugar, el hombre necesita relacionarse, necesita entrar en contacto con los demás para así ser consciente de su valor. Sólo con la comunicación con los

de tout le Genre Humain sans exception» (t. I, lib. II, cap. III, pp. 222 y 223). La construcción pactista del Estado no siempre sigue el esquema hobbesiano. Así, algunos autores contemplan la posibilidad de un estado de sociedad, sin existencia de un Poder común, del que es necesario salir por el establecimiento del comercio y de otras causas. Con ello se presenta así un primer estado del hombre individual seguido de un estado de sociedad del tipo de una comunidad sin poder y, por último, de un estado de sociedad en el que ya sí que existe la institución del poder. Véase, por ejemplo, VOLNEY, *Las ruinas de Palmira*, trad. de A. Ruiz Gómez, Madrid, Edaf, 1983. La idea de la necesidad del Estado es también presentada por los autores de la Escuela española de Derecho Natural. Así, por ejemplo, Domingo de Soto viene a plantear la existencia de una especie de Estado de naturaleza caracterizado por continuas luchas, del que es imprescindible salir para formar una verdadera sociedad en la que los hombres se ayudasen entre sí. La instauración del Poder vendrá determinada por Dios. Véase DOMINGO DE SOTO, *De la Justicia y del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, lib. IV, cuestión IV, art. 1, p. 302.

(18) BURLAMAQUI, *Principes du Droit Naturel*, ob. cit., primera parte, cap. IV, pp. 54 y ss. La sociedad civil es «la société elle-même, modifiée de telle sorte, qu'il y a un Souverain qui y commande, e de la volonté duquel tout ce qui peut intéresser le bonheur de la société dépend en dernier ressort; afin que sous sa protection e par ses soins, les hommes puissent se procurer d'une manière plus sûre le bonheur auquel ils aspirent naturellement» (*Principes de Droit Naturel*, ob. cit., cap. VI, p. 110).

(19) KANT, «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita», en *Filosofía de la historia*, ob. cit., p. 46. Véase también KANT, *La Metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina, trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 140 y ss.

demás hombres esa toma de conciencia de la realidad humana y de su dignidad será conseguida. Pero, en segundo lugar, también destaca una cierta predisposición del hombre al dominio de todo y, por tanto, un deseo de poseer todo lo que le rodea, lo que le conduce a comportarse como un ser insocial. Y es importante señalar que ambos sentidos se refieren a esa necesidad de relación o de entrar en sociedad, ya que, incluso en este último, Kant no emplea el término «asocial», sino «insocial», de notables diferencias con el anterior.

Así, para justificar la necesidad del Poder emplea el pacto social, que no es entendido por Kant como un hecho, sino como una idea de la razón en la que fundar las reglas de la sociedad civil y, por consiguiente, el abandono del estado de naturaleza (20): «Es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública...; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil.» Así, «el acto por el que el pueblo mismo se constituye como estado [...] es el contrato originario, según el cual todos (*omnes et singulis*) en el pueblo renuncian a su libertad exterior para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (*universi*)...» (21). Este paso es, pues, necesario para que el hombre pueda cumplir los fines que le son propios y para que adquiera una libertad generalizable, constituyendo, en definitiva, un deber primordial e incondicionado (22). Sólo en esta sociedad civil se podrá llevar a cabo el verdadero concepto de Derecho, esto es, «la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal» (23).

Por su parte, Paine considerará al gobierno como un mal necesario derivado de los caracteres de los hombres: «Si los impulsos de la conciencia fueran claros, uniformes e irresistiblemente obedecidos, el hombre no necesitaría legislador. Pero no siendo éste el caso, encuentra necesario delegar

(20) Véase KANT, *Teoría y práctica*, trad. de J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, estudio preliminar de R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986, p. 37. Véase esta idea también en *La Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 177 y 178.

(21) KANT, *La Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 141, 145 y 146.

(22) Véase, en este sentido, KANT, *Teoría y práctica*, ob. cit., pp. 26 a 27. Véase también KANT, «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita, op. cit., pp. 48 y 49. En este sentido señala como obligaciones fundamentales en el hombre la de ser honesto («no te conviertas en medio para los demás, sino sé para ellos, a la vez, fin») y la de no causar lesión a nadie. Si estas obligaciones no pueden ser cumplidas, establece KANT el deber de entrar en sociedad (véase *La Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 47 y 80).

(23) KANT, *Teoría y práctica*, ob. cit., p. 26.

una parte de su propiedad a fin de conseguir los medios para proteger el resto...» (24). Los hombres necesitan vivir en sociedad; sólo a través de ella se puede lograr la consecución de sus fines, la solución de sus problemas y la satisfacción de sus necesidades. La vida en sociedad sería suficiente si los hombres permanecieran plenamente justos, pero esto no ocurre así, según Paine, por lo que se hace necesario el establecimiento de alguna forma de gobierno, apoyada en el consentimiento de los gobernados, a fin de remediar el defecto de la virtud moral (25).

Pero no sólo serán las posiciones de estos autores las que destaquen la necesidad de un Poder. También se darán argumentos apoyados no ya en el pacto o contrato, sino en el ya aludido carácter social del hombre. Las justificaciones de este tipo se realizan desde las más diversas posiciones. Puede servir, a modo de ejemplo, la posición de la Iglesia católica, la cual expresará la necesidad de un Poder que, aunque se deriva de la voluntad divina, se justifica en la naturaleza sociable del hombre y como medio indispensable para alcanzar el bien común. En este sentido, Juan XXIII, en la encíclica *Pacem in terris*, expresará: «En efecto, como Dios ha creado a los hombres sociales por naturaleza y ninguna sociedad puede conservarse sin un jefe supremo que mueva a todos y a cada uno con un mismo impulso eficaz, encaminado al bien común, resulta necesaria en toda sociedad humana una autoridad que, como la misma sociedad, surge y deriva de la naturaleza y, por tanto, del mismo Dios, que es su autor» (26).

Pero también se han producido ataques contra la idea de la necesidad del poder. Actualmente desde posiciones cercanas al neoliberalismo se critica la presencia del Estado en el desarrollo de ciertas relaciones sociales. En este sentido se plantea la realización del llamado «Estado mínimo», así como la posibilidad de existencia de una «sociedad autorregulada» o de una «sociedad contractual», movidas por aquello que se ha llegado a llamar «orden espontáneo». Se vuelve a hablar de un nuevo contrato social, pero no ya como origen del Poder político, sino como expresión de las actividades de la sociedad civil.

Las posiciones que se mantienen en relación con la necesidad o no de un Poder, decisivas, entiendo, para la solución de problemas de gran importancia, como, por ejemplo, el de los derechos fundamentales, y sobre todo, dentro

(24) THOMAS PAINE, *El sentido común y otros escritos*, estudio preliminar y trad. de R. Soriano y E. Bocado, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 5 y 6.

(25) THOMAS PAINE, *El sentido común y otros escritos*, ob. cit., p. 6.

(26) *Ocho grandes mensajes*, edición preparada por J. L. Gutiérrez García, Madrid, BAC, 1973, p. 223.

de ellos, el de los derechos económicos, sociales y culturales, son también importantes para la comprensión del significado del Derecho.

La justificación del Poder como instrumento organizador de las relaciones entre los hombres parece poder trasladarse al Derecho, cuya función principal consiste en la organización y regulación de la convivencia social. Esta consideración del Derecho en relación con el Poder se encuentra ya reflejada, como hemos visto, en la historia con la formulación del concepto de soberanía de Bodino, y a partir de él será una constante en la historia jurídica.

El Derecho parece necesario en toda sociedad como el medio mejor por el que los hombres, en su totalidad, van a poder conseguir los fines que se proponen. En este sentido, la relación entre Poder y Derecho adquiere relevancia mayúscula en el tema de la justificación de ambos, ya que es en ese punto en donde su conexión es mayor. Puede decirse que la justificación del Derecho o del tipo de Derecho va estrechamente unida a la del Poder o del tipo de Poder.

Por tanto, un buen método para la justificación del Derecho puede ser el de la justificación del Poder. Y, al mismo tiempo, este último puede justificarse, si se encuentran razones que hagan lo propio, con su Derecho. En este sentido creo que pueden darse razones que apoyan la necesidad de cierto Poder y de un Derecho a él conectado.

IV. LAS FUNCIONES MINIMAS DEL PODER Y DEL DERECHO

Ha escrito Passerin d'Entrèves que la normalización de la fuerza es por sí misma un bien, un valor (27). Desde esta perspectiva pueden destacarse tres notas identificativas del Poder:

- mantenimiento de la seguridad;
- creación y fundamentación de la validez del Derecho, y
- permanencia de los pueblos.

Como dice Maritain, «la razón primordial por la que los hombres, unidos en una sociedad política, tienen necesidad del Estado es el orden y la justicia» (28). El Poder, por lo menos, va a proporcionar seguridad y certeza, y

(27) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La noción del Estado*, trad. de A. Fernández Galiano, Madrid, CEU, 1970, p. 164.

(28) J. MARITAIN, *El hombre y el Estado*, trad. de J. M. Palacios, Fundación Humanismo y Democracia, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, p. 33. Y en este sentido escribe A. PASSERIN D'ENTRÈVES: «La primera justificación del poder, la más sencilla y más difundida, es la que invoca la necesidad del "orden", considerando a éste como el valor fundamental realizado a través de la institución del Estado» (*La noción del Estado*, ob. cit., p. 173).

al ser el mantenimiento de éstas una de las condiciones necesarias para que los hombres puedan lograr sus fines, ellos mismos van a buscar la institucionalización del Poder. Este, caracterizado por la autoridad y la fuerza, hace cumplir el contenido de los pactos entre los hombres y, en algunos casos, el de los deseos de uno solo, pero proporciona seguridad. La institución del Estado aparece justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica.

Creo que es posible dar un paso más con el Poder democrático. Baste ahora con recalcar que en la convivencia entre los hombres se hace necesaria la existencia de un conjunto de normas, pero normas que sean exigidas de forma coactiva por medio de un aparato institucionalizado, es decir, de normas jurídicas. El mundo en el que vivimos, como escribe Kliemt, «es ante todo un mundo de sociedades masivas, que viven bajo condiciones de escasez de recursos; es un mundo que requiere en alto grado la organización y la cooperación. En este mundo, sólo a través de una creciente organización es posible lograr una “cierta medida” de autonomía para los individuos» (29). Esta organización es necesaria no sólo para evitar la intromisión de los hombres en los ámbitos privados de las personas, sino también para favorecer su desarrollo igualitario.

Por otro lado, puede decirse que todo Poder político es Poder jurídico. Entre el Estado y el Derecho hay una circularidad. Como dice H. Heller, «hay que concebir el Derecho como la condición necesaria del Estado actual; asimismo al Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador de Poder que el Derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de Derecho que tiene el Poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado» (30).

La relación entre Poder y Derecho se plantea de forma clara en las construcciones pactistas que hemos examinado. Por ejemplo, si recordamos la formación del Estado en Kant podremos ver esta relación. Con el paso del Estado de naturaleza al de la sociedad civil se da lugar al Estado, que será concebido como «la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas». El Estado propio de la sociedad civil va a ser denominado como Estado jurídico frente al Estado no-jurídico, que es el natural (31).

(29) H. KLIEMT, *Filosofía del Estado y criterio de legitimidad*, ob. cit., p. 18.

(30) H. HELLER, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobio, México, FCE, 1985, p. 290.

(31) KANT, *La Metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 142. Así escribe: «El estado jurídico es aquella relación de los hombres entre sí que contiene las condiciones bajo las cuales tan sólo cada uno puede participar de su derecho...» (KANT, *La Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 135 y 136).

El último criterio de la norma jurídica hay que buscarlo en el Poder; éste, como hecho fundante básico, es el que dota de validez al Ordenamiento jurídico (32). El Poder es el que hace eficaz al Ordenamiento y, por tanto, el que lo hace válido. Pero tampoco hay que olvidar que este Poder va a necesitar del Derecho para su perfecto desenvolvimiento. Así, como ha escrito López Calera, «el Estado crea el Derecho y el Derecho es un instrumento de ordenación social que utiliza el Estado» (33).

Cuando hablamos del Poder como creador del Derecho y como fundamento de validez (34) queremos decir que, en definitiva, el Poder —entendido en sentido amplio, en cuya estructura pueden también incluirse los jueces, otros operadores jurídicos e incluso grupos sociales relevantes— es el encargado de sentar las normas que componen el Ordenamiento. Poder en sentido amplio incluye, pues, como ha señalado Peces-Barba, no sólo las instituciones del Estado, los tres poderes clásicos y los restantes poderes públicos locales o autonómicos, «sino también los que detentan la fuerza al servicio de estos poderes, los operadores jurídicos y funcionarios en general y los ciudadanos en cuanto participan en la formación de los poderes y en el normal funcionamiento de la maquinaria jurídica en sus diversos niveles» (35). De este concepto amplio de Poder derivan consecuencias importantes en cuanto a su caracterización y en lo que se refiere al ámbito fundacional, que variarán en relación al tipo de Estado. Baste con señalar la posible apertura de obligaciones activas, dentro, por ejemplo, de un Estado que se califica como «social y democrático», en aquellos grupos relevantes que tienen una incidencia importante en la creación jurídica o en la política económica, tales como los

(32) «En el marco histórico del mundo moderno, el Ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. El fundamento último de validez de un sistema jurídico está en el Poder» (G. PECES-BARBA, «Reflexiones sobre el Derecho y Poder», en *Libertad, Poder y Socialismo*, Madrid, Civitas, 1978, p. 231).

(33) N. M. LÓPEZ CALERA, *Introducción al estudio del Derecho*, Granada, 1987, p. 139.

(34) Véase, en este sentido, G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983. Y también N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rojo Acuña, Madrid, Debate, 1991.

(35) Conferencia de apertura de las Jornadas sobre Derechos Humanos, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en *Poder Judicial*, núm. especial, Madrid, 1986, pp. 13 y 14. Véase también, en este sentido, PECES-BARBA, HIERRO, IÑIGUEZ DE ONZOÑO y LLAMAS, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987, p. 267. El Tribunal Constitucional también ha recogido, con matices, este sentido de Poder. Así, en su sentencia 35/83, de 11 de mayor, BJC, núm. 26, fund. juríd. 3, p. 653, puede leerse: «La noción de “poderes públicos” que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo.»

partidos, sindicatos o asociaciones empresariales. Por otro lado, cuando hablamos del Poder como fundamento de validez no estamos haciendo referencia a un fundamento ético de validez, sino al sostenimiento, en definitiva, de la eficacia del Ordenamiento, que en ese nivel se equipara a su validez.

El Poder, por tanto, parece ser el hecho de la fuerza que está detrás de la realidad del Derecho, pero además permite la realización de una construcción sistemática del mismo. Es decir, su presencia en relación con el Derecho permite también realizar o al menos intentar presentar a éste como un sistema normativo, donde ocuparía el lugar destinado al presupuesto inicial. La unidad del sistema estaría garantizada en la relación entre Poder y Derecho.

El Derecho es importante en la regulación de la sociedad, de la convivencia humana social. Pero también es necesario respecto al carácter libre de los hombres. Y esto por la constante amenaza de esta libertad, que es finita en un primer sentido. Los hombres, al poseer esa libertad, se fijan fines y a éstos les acompañan medios para su consecución, medios que pueden atacar a los de los otros seres y perjudicar sus fines.

El Poder es necesario desde el momento en el que los hombres deciden formar unas sociedades por las cuales puedan lograr la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus obligaciones. Y esta exigencia del Poder no sólo se limita a un primer momento, sino que parece ser condición necesaria en el mantenimiento de la paz (36) y de un régimen apoyado en la convivencia y la cooperación.

V. LA REPERCUSION DE LA RELACION PODER-ORDENAMIENTO EN EL CONCEPTO DE «ESTADO DE DERECHO»

La relación que nos ocupa entre Poder y Ordenamiento tiene repercusiones en el concepto de Estado de Derecho. Hasta aquí hemos mantenido una concepción de Poder y de Derecho que podría colocarse dentro de las posiciones formalistas. No hemos planteado esta relación atendiendo al óptimo Poder ni al óptimo Derecho. Sólo hemos hecho referencia a los mínimos identificadores de estas figuras. Y esto me parece que tiene consecuencias notables en cuanto al concepto de Estado de Derecho.

El concepto puede ser planteado atendiendo a tres tipos de consideraciones distintas: En primer lugar acudiendo a la visión conceptual del Derecho, y de manera principal a la consideración de elementos éticos dentro de la misma.

(36) Véase PECES-BARBA, «Reflexiones sobre la paz», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 277.

En segundo lugar atendiendo a su significado originario. Y por último, observando el sentido que este término ha ido adquiriendo en la historia.

Desde el primer punto de vista, si nos movemos en una posición que entiende que la definición del Derecho no se basa en unos contenidos materiales, sino más bien en unas estructuras formales, parece necesario insistir en que teóricamente no debe identificarse siempre Estado de Derecho con democracia (37). Para la existencia de la segunda es necesario el primero, pero esto no ocurre al revés.

Esta concepción de Estado de Derecho no se corresponde con la que destaca Elías Díaz, para quien «no todo Estado es Estado de Derecho». Para este autor, «la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho». Un Estado de este tipo es el caracterizado según este autor por las siguientes notas: «a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material» (38). Esta posición del profesor Elías Díaz puede suponer bien mantener una concepción del Derecho con ciertos contenidos materiales o bien destacar que el término Estado de Derecho es un término unívoco en el que «Derecho» es entendido en una posible vertiente política, con lo que posee distinto significado que «Derecho» en su vertiente jurídica.

El Estado de Derecho va a ser siempre un paso necesario para el respeto de la dignidad del hombre, pero no es el paso definitivo. Raz lo ha expresado claramente diciendo: «El Derecho puede violar la dignidad de las personas

(37) Para K. DOEHRING, Estado de Derecho no es una concepción vinculada a valores. Véase «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático» en AA. VV., *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Madrid, CEC, p. 130. En contra de esta distinción parecen estar, entre otros, por ejemplo: A. DE COSSÍO CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, Alianza Editorial, 1975, p. 14. O, con otro sentido, J. RAZ, *La autoridad del Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Autónoma de México, 1985, pp. 264 y 274. Sobre la controversia respecto al término Estado de Derecho, véase M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 53 y ss.

(38) Véase *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 7.ª ed., Madrid, Cuadernos para el Diálogo, EDICUSA, 1979, pp. 13 y 29. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «en la medida en que todo poder pretende ser "legítimo" (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden "tener derecho" al mando), todo poder es un poder jurídico; en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho» (*Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1981, p. 361. Sobre la relación entre Estado de Derecho y Estado justo, véase L. BAGOLINI, *Mito, potere e dialogo*, Bolonia, Il Mulino, 1967, pp. 40 y ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bolonia, Il Mulino, 1984, p. 13.

de muchas formas. Observar el Estado de Derecho no garantiza de ninguna manera que tales violaciones no ocurran. Sin embargo, es claro que el deliberado desprecio del Estado de Derecho viola la dignidad humana» (39). El Estado de Derecho supone limitar la actuación del Poder a lo que el Derecho dicta, aunque con esto nos enfrentemos con un problema lógico al ser el mismo Poder el que dicta el Derecho. Denominar todo Estado de Derecho como justo supone plantearse desde un punto de vista iusnaturalista la existencia y el funcionamiento del Derecho. En todo caso, si se quiere hacer alusión a un sistema más o menos justo, sería más clarificador referirse a él como «Estado de justicia», con todos los problemas que ese término tiene, sobre todo los derivados del carácter relativo del término que es susceptible de «legitimar» los más diversos tipos de Estado.

No obstante esto, parece que si atendiésemos a la formulación primitiva de Estado de Derecho sí que se podría caracterizar a éste por unos mínimos contenidos materiales. Desde esta formulación, Estado de Derecho sería una concepción unívoca no susceptible de ser dividida, tal y como hemos destacado al referirnos a la posición de Elías Díaz. El término Estado de Derecho parece que fue acuñado por Robert von Mohl, teniendo como precedente en la filosofía política a Kant (40), presentándole con unos caracteres propios del Estado liberal: individuo libre y autónomo, no intervención del Estado en la libertad y propiedad de las personas, independencia judicial, responsabilidad del Gobierno, imperio de la ley, etc., reconducibles a la idea de la limitación del Poder, por lo que tampoco puede identificarse con Estado jurídico. Esta primera formulación del Estado de Derecho ha ido modificándose a lo largo de la historia, a la par que se han incorporado a la definición del Derecho ciertos contenidos materiales (41). Hoy día, el Derecho no se comprende sin contener una serie de especificaciones que hacen que sea definible no sólo por su estructura formal, sino también por un mínimo contenido material. Este mínimo, por ejemplo dentro del Derecho español, es el establecido por los artículos 9.1 y 9.3 (y concomitantes) de la Constitución. La presencia repetida en casi todos los Derechos de estos contenidos hacen que sean considerados ya como formales y propios de todo concepto

(39) J. RAZ, *La autoridad del Derecho*, ob. cit., pp. 276 y 277.

(40) La configuración kantiana puede verse reflejada en el libro de A. E. PÉREZ LUÑO *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 214 y ss. La formulación de ROBERT VON MOHL está en su obra *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Bd. I, Tübinga, JBC Mohr, 1829.

(41) Véase J. RAMÓN COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, pp. 28 y 29. Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de abril de 1977 (ref. Aranzadi 4.637), señaló que el Estado de Derecho es una estructura ética de poder social y contenido normativo.

de Estado. De ahí que actualmente se hable de Estado de Derecho haciendo referencia a un modelo político jurídico que postula la realización de la dignidad humana.

En definitiva, la concepción o no de todo Estado como Estado de Derecho va a depender del concepto que se quiera dar al término Derecho. Si nosotros entendemos por Derecho un conjunto sistemático de reglas organizadas, con unos principios entre los que destacan el de legalidad, en su vertiente formal, y el de responsabilidad de los poderes públicos, parece que casi todos los Estados son Estados de Derecho, quedando fuera aquellos que actúan exclusivamente por medio de la fuerza sin apoyo en ningún texto legal. Si además queremos añadir a la concepción del Derecho la existencia de una serie de garantías penales y procesales y el reconocimiento de ciertas necesidades y pretensiones básicas de los hombres, no parece abarcable ese término a toda forma de organización estatal. En nuestro área cultural parece que sólo podría hablarse de Estado de Derecho desde esta segunda visión. Así, este término, tal y como se entiende actualmente por la mayoría de los autores, implica el respeto de unas determinadas libertades por el Poder y el Derecho y el sometimiento del primero al segundo. Pero creo que esta consideración es más una consideración del tipo «debe» que del tipo «es». Y sobre todo cuando se pasa del plano que podría considerarse como derivado del principio de legalidad o de la moral interna del Derecho a otro en el que se incluyen contenidos materiales dentro de la definición de Estado de Derecho o en el que se matizan esos principios insertándoles una vertiente material.

